

SOBRE A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA

RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS*

RESUMO

A instauração da arbitragem por meio da cláusula compromissória depende da existência de certos pressupostos e requisitos estabelecidos na ordem jurídica. No Brasil apenas a cláusula arbitral “cheia” autoriza a imediata instauração da arbitragem e os seus requisitos específicos obrigatórios são os mesmos do compromisso arbitral.

Palavras-chave: Convenção de arbitragem. Cláusula compromissória. Pressupostos e requisitos da cláusula compromissória “cheia”.

1. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem pode ser definida como um acordo de vontade, normalmente por escrito, estabelecido por partes com capacidade para contratar em que estas atribuem competência a um ou mais árbitros para solucionar, por meio da arbitragem, certos litígios presentes ou futuros oriundos das relações contratuais ou extracontratuais indicadas na referida convenção de arbitragem. O aludido conceito está

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-graduação em Direito da UFSC.

inspirado no disposto no artigo II, inciso 1, da Convenção de Nova Iorque¹ e no artigo 7º, inciso 1, da Lei Modelo do Uncitral para Arbitragem Comercial Internacional.²

A partir do conceito podem ser identificadas algumas das características da convenção de arbitragem: a) autonomia da vontade; b) natureza contratual; c) capacidade para contratar; d) forma escrita; e) solução de litígios já existentes ou ainda que possam vir a existir; f) limites da arbitrabilidade; g) limites da competência do árbitro.

- a) No que tange a autonomia da vontade, a convenção de arbitragem é constituída a partir da manifestação da vontade das partes (pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas) quanto à escolha da arbitragem, do árbitro e do conteúdo da convenção de arbitragem (opção quanto às normas que deverão ser aplicadas pelo árbitro);
- b) A natureza contratual decorre dos aspectos da teoria geral dos contratos encontrados na convenção de arbitragem, tais como a bilateralidade ou a multilateralidade, a onerosidade, a consensualidade. Marani ressalta que a natureza jurídica da convenção de arbitragem não é unicamente contratual mas mista, uma vez que a mesma possui pressupostos e requisitos de direito material e de direito processual, ou seja, ainda que implique na aplicação dos princípios gerais contratuais, vinculados ao direito substancial, também utiliza parâmetros processuais, ao estabelecer o encadeamento dos atos necessários para se operar a resolução do conflito pelo árbitro, além de atribuir competência a este;³
- c) Em relação à capacidade para contratar, as partes que celebram a convenção de arbitragem necessitam da capacidade legal exigida na ordem jurídica para celebrar contratos e, conseqüentemente, para pactuar a própria convenção de arbitragem;
- d) A forma escrita é geralmente exigida pelo ordenamento jurídico com o intuito de facilitar a prova da existência da convenção de arbitragem bem

1 “Art. II [...]”

1 – Cada Estado Contratante reconhece a convenção escrita pela qual as partes se comprometem a submeter a uma arbitragem todos os litígios ou alguns deles que surjam ou possam surgir entre elas relativamente a uma determinada relação de direito, contratual ou não contratual, respeitante a uma questão suscetível de ser resolvida por via arbitral.”

2 “Art. 7 [...]”

1 – Convenção de arbitragem é uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato ou a de uma convenção autônoma.”

3 MARANI, 1966, p. 92-93.

como do seu conteúdo, dificultando o surgimento de incertezas quanto à identificação das partes e o seu objeto;

- e) A convenção de arbitragem atinge litígios já existentes ou os que possam vir a surgir entre as partes que a celebraram. Indica, assim, que tanto os litígios presentes quanto aqueles futuros e incertos (hipotéticos) compõem o objeto da convenção de arbitragem. Por outro lado, a convenção de arbitragem também tem o condão de limitar os efeitos da sentença arbitral apenas às partes celebrantes (limites subjetivos da coisa julgada). Caso terceiro seja atingido pelos efeitos decorrentes da sentença arbitral, poderá se socorrer da via judicial para salvaguardar os direitos subjetivos;
- f) A convenção de arbitragem limita a matéria objeto do conflito às relações jurídicas de natureza contratuais e as relações jurídicas de natureza extracontratuais. Dessa forma, a arbitragem está atrelada, quanto ao seu objeto, às matérias admitidas no ordenamento jurídico como sendo arbitráveis.⁴
- g) O pacto arbitral também delimita a competência do árbitro ao atribuir a este a jurisdição para a decisão quanto ao mérito do conflito afastando, dessa forma, a competência dos órgãos do Poder Judiciário. Quanto ao estabelecimento da competência, certos autores entendem que a convenção de arbitragem válida gera um duplo efeito, dito positivo e negativo.⁵ O primeiro dos efeitos, dito negativo, se caracteriza pelo fato de ser retirada da competência dos órgãos do Poder Judiciário a possibilidade de julgamento do mérito do conflito. Em outras palavras, a convenção de arbitragem válida afasta a utilização da forma judicial na resolução do conflito. Caso qualquer dos litigantes busque a solução do litígio via Poder Judiciário, facultará ao seu oponente apresentar, perante o órgão judicial, defesa processual com a alegação da existência de convenção de arbitragem que, uma vez acolhida, levará a extinção do processo judicial sem a resolução do mérito e a remessa das partes ao órgão jurisdicional (árbitro) que detém a competência para conhecer o mérito. O segundo dos efeitos, dito positivo, se caracteriza pela atribuição, ao árbitro, da competência para julgar o mérito do conflito. Para Rozas, além da atribuição da competência de julgar o mérito do conflito, as partes também reconhecem a obrigação

4 No Brasil são as questões contratuais e extracontratuais oriundas dos direitos patrimoniais disponíveis, conforme o artigo 1º da Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem Brasileira (LAB);

5 Quanto ao duplo efeito da convenção de arbitragem verificar em: KROETZ, 1998, p. 131; CAIVANO, 1993, p. 116; VALENÇA FILHO, 2002, p. 60-76.

de resolver suas diferenças pela via arbitral.⁶ Entende-se, assim, que a celebração de convenção de arbitragem válida importa na delimitação do exercício da jurisdição sobre determinado conflito, subtraindo-se o litígio dos órgãos do Poder Judiciário e delegando-o ao árbitro. Nas palavras de Carmona:

[...] a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as, reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.⁷

A competência advinda da arbitragem é especial, distinta daquela estabelecida aos órgãos do Poder Judiciário. Em ambos os casos, entretanto, verifica-se o exercício da jurisdição. O que ocorre é que os ordenamentos jurídicos facultam às partes a possibilidade de estabelecer a competência do árbitro por meio da celebração de convenção de arbitragem válida, deslocando a jurisdição para o árbitro. Conforme Nery Junior, aquilo que é retirado pela convenção de arbitragem é “[...] o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral.”⁸

Destaque-se que se a competência do árbitro é especial encontrando-se, entretanto, limitada por um critério material, designado arbitrabilidade. O árbitro detém a competência para julgar os litígios cujas matérias tenham sido autorizadas pelas partes (na convenção de arbitragem) e que não sejam contrárias à ordem pública.

A convenção de arbitragem é na legislação brasileira um gênero que comporta duas espécies: a cláusula compromissória (também designada como cláusula arbitral) e o compromisso arbitral. Importante é destacar que atualmente certas legislações utilizam exclusivamente a idéia de convenção de arbitragem não realizando qualquer referência a cláusula arbitral ou ao compromisso.⁹

6 Este último efeito positivo é reconhecido por: ROZAS, 1996, p. 484-485.

7 CARMONA, 1998, p. 73.

8 NERY JUNIOR, 1996, p. 84.

9 Como, por exemplo, o artigo 9, inciso 1, da Lei nº 60, de 23 de dezembro de 2003 – Lei de Arbitragem da Espanha: “Artículo 9. [...]”

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. ”

2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Na celebração de um contrato, as partes podem buscar subtrair, do Poder Judiciário, a competência para resolver futuros litígios oriundos de uma relação jurídica contratual bem como atribuí-la a um ou mais árbitros. A este tipo de cláusula, que estabelece a competência do árbitro para julgar o mérito de conflitos ainda não surgidos atribui-se a designação de cláusula compromissória.

Na Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem Brasileira (LAB) o conceito de cláusula compromissória está estabelecido na própria legislação.¹⁰

Rocha aponta que na cláusula compromissória as partes “[...] submetem ao julgamento do árbitro conflitos futuros, que podem nascer do cumprimento ou interpretação das relações jurídicas estabelecidas por contrato.”¹¹

Sobre a aplicabilidade da cláusula compromissória, Pucci ensina que:

No momento de sua estipulação em um contrato ainda não surgiu qualquer conflito, as partes ainda não têm conhecimento de qual será a controvérsia, e mesmo se o conflito acontecerá, isto é, não têm sequer a certeza de que haverá qualquer disputa.¹²

No que tange a sua formação, a cláusula compromissória tanto pode estar inserida dentro do contrato, como cláusula contratual, bem como encontrar-se prevista em instrumento anexo, distinto, que faça referência ao contrato principal ao qual se encontre vinculada.

Apesar da sua vinculação ao contrato principal, a cláusula arbitral é autônoma em relação a aquele. Existe uma clara distinção entre o conteúdo e o objeto da cláusula e do contrato principal, para sustentar a idéia da autonomia.

O princípio da autonomia da cláusula compromissória importa que ela esta regulada por regras jurídicas próprias, no que diz respeito à sua validade e eficácia, normas estas que podem ser distintas das normas de validade e de existência aplicáveis ao contrato principal. Dessa maneira têm-se que o reconhecimento de eventuais nulidades do contrato principal não implicam necessariamente na existência de nulidades na cláusula.

10 “Art. 4º – A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam a vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

11 ROCHA, 1998, p. 59-60.

12 PUCCI, 1997, p. 65.

É possível, entretanto, que em determinadas situações os vícios apontados para o contrato principal também possam ter contaminado o instrumento acessório (cláusula compromissória), principalmente nas situações em que a cláusula tenha sido celebrada em conjunto com o negócio jurídico principal.¹³

A aplicação do princípio da autonomia da cláusula arbitral garante, ao árbitro, a competência para decidir sobre as questões atinentes à validade e existência do contrato principal e da própria cláusula.

Reconhecendo o árbitro, como matéria prejudicial ao julgamento do mérito, que a cláusula é nula, decidirá pela impossibilidade do instrumento de escolha da arbitragem produzir qualquer efeito jurídico, reconhecendo, assim, a sua incompetência para julgar o conflito ao promover a extinção do processo arbitral sem a resolução do mérito. Reconhecida a nulidade da cláusula compromissória pelo árbitro, o mérito do conflito deverá ser solucionado por meio de outras formas de resolução de conflitos, inclusive a forma judicial.

Outras possibilidades se apresentam quando o árbitro aprecia a pretensão da parte e reconhece a validade da cláusula. Nessa hipótese, as eventuais causas de nulidade do contrato principal também deverão ser apreciadas e julgadas pelo árbitro após ter reconhecido previamente a sua competência para apreciar o mérito do conflito.

Do princípio da autonomia decorre outro princípio importante da arbitragem que é o da competência-competência.

Para Guerreiro:

[...] se se aceita a autonomia de tal estipulação, dissociando-se a convenção arbitral do próprio contrato, os árbitros estarão habilitados a dirimir pretensões das partes acerca da nulidade ou anulabilidade do contrato principal sem que sua competência entre em jogo, salvo hipóteses excepcionais.¹⁴

O princípio da competência-competência assegura ao árbitro o poder de decidir a respeito da sua própria competência. Essa competência atinge as questões atinentes à capacidade para julgar (capacidade para ser árbitro nos termos da legislação aplicável); a interpretação da extensão dos poderes que foram atribuídos na convenção de arbitragem e a respectiva eficácia; a verificação da arbitrabilidade do litígio

13 Como, por exemplo, nas situações de vícios tais como: erro, dolo, coação, simulação ou até de fraude contra credores.

14 GUERREIRO, 1993, p. 54-55.

que está sendo submetido;¹⁵ todos os incidentes atinentes à impugnação da existência, extensão, validade e efeitos da convenção de arbitragem. Conforme Redfern e Hunter, são várias as legislações que adotam os referidos princípios, principalmente nos casos de arbitragem internacional.¹⁶

É preciso destacar que os princípios da autonomia e da competência-competência não são absolutos e não devem ser adotados, necessariamente, em todos os casos como, por exemplo, nas situações em que uma das partes venha a alegar e demonstrar não ser parte no contrato principal e, assim, na própria cláusula arbitral. Dessa maneira a aplicação irrestrita e absoluta do princípio da autonomia e da competência-competência poderia gerar hipóteses em que o árbitro viesse a julgar com base numa competência inexistente, em razão da impossibilidade jurídica de aplicação dos efeitos da cláusula compromissória para a parte que não participou ou não aceitou a sua celebração.

Para David, a instituição da arbitragem, no âmbito do comércio internacional, encontra-se basicamente alicerçada na cláusula compromissória em razão da maior facilidade para a obtenção de um consenso das partes quando da sua celebração.¹⁷

A maior das vantagens da cláusula parece ser aquela de poder estabelecer a competência do árbitro quanto ao mérito do litígio e de subtraí-la dos órgãos do Poder Judiciário, anteriormente à existência do próprio conflito. Assim, não importa quantos conflitos possam vir a surgir decorrente da relação jurídica pactuada, pois a existência da cláusula arbitral válida remeterá a solução de todos os litígios ao árbitro.

A cláusula compromissória oriunda do consenso e da vontade das partes irá atribuir a competência ao árbitro para resolver o mérito de todos os conflitos futuros decorrentes de uma determinada relação contratual, desde que respeitados os pressupostos e requisitos para a configuração da existência, validade e eficácia da cláusula.

É certo que durante a celebração do contrato onde deverá estar inserida a cláusula arbitral (como cláusula contratual ou em anexo próprio) as partes, de boa-fé, estão envoltas por um ambiente de cooperação. Nesse momento os contratantes não se encaram como potenciais adversários no futuro (até porque não esperam que da relação contratual surjam conflitos) e sim como partícipes na construção de um negócio jurídico que interessa a ambos. É também nesse quadro de colaboração, compreensão e entendimento mútuo que está se pactuando a cláusula compromissó-

15 O litígio poderá não ser arbitrável em razão da matéria não ser autorizada pela legislação (violação da ordem pública) ou, ainda, em virtude das partes não terem previsto a competência do árbitro para a referida matéria, quando da celebração da convenção de arbitragem.

16 REDFERN; HUNTER, 1999, p. 156. No mesmo sentido: RECHSTEINER, 2001, p. 53.

17 DAVID, 1981, p. 233. No mesmo sentido: STRENGER, 1998, p. 36;

ria (instrumento pelo qual as partes atribuem ao árbitro a competência para decidir os conflitos que hipoteticamente venham a surgir decorrentes da relação contratual principal) como o método escolhido para dirimir os eventuais conflitos futuros.

A possibilidade da obtenção de um consenso entre as partes, quando da celebração de uma cláusula compromissória, é muito maior que nas hipóteses de um compromisso arbitral (onde as partes já estão diante de um litígio pré-existente e já não se encaram como colaboradores, mas como adversários), em razão da existência de uma relação mais harmoniosa entre os celebrantes na primeira opção.

Se a inserção de cláusula arbitral nas relações jurídicas contratuais denota certas vantagens, há que se vislumbrar também possíveis dificuldades. De acordo com Rocha:

A cláusula compromissória envolve riscos maiores do que o compromisso porque, quando as partes a estipulam, ignoram a natureza, dimensões e consequências do litígio ou litígios que podem surgir em decorrência do cumprimento e interpretação do contrato.¹⁸

Entenda-se que as partes, após o surgimento do litígio, poderão vir a constatar que a arbitragem não se configura a melhor forma de composição das diferenças ou mesmo que as regras apontadas na cláusula não são as mais adequadas para se aplicar na resolução do litígio, fato esse que anularia algumas das vantagens preconizadas para o instituto.

Diante dessa situação e de outras questões, como a natureza jurídica da cláusula compromissória, certas legislações não estabelecem a possibilidade de instauração do juízo arbitral a partir dela e somente a partir do compromisso arbitral, ou seja, após o surgimento do conflito.¹⁹

Conforme Rocha, uma das interpretações utilizadas para negar a possibilidade de instauração da arbitragem a partir da cláusula é o seu enquadramento como mera promessa de contratar, ou ainda como contrato preliminar, sendo o compromisso arbitral designado como o contrato.²⁰

18 ROCHA, 1998, p. 60

19 É o caso da legislação Argentina (**Código Procesual Civil y Comercial de la Nación – Argentina** – Ley nº 17454), apesar do entendimento diverso de autores como Grigera Naón que entende que diante da ratificação pela Argentina da Convenção de Nova Iorque de 1958, a exigência de instituição do juízo arbitral apenas por meio do compromisso arbitral não se aplicaria nas hipóteses de arbitragem comercial internacional estabelecida pelo Tratado.

20 ROCHA, 1998, p. 63.

Para parte da doutrina no Brasil, a cláusula compromissória cria para as partes a obrigação de declaração de vontade posterior, após o surgimento do conflito.²¹ Essa declaração de vontade posterior seria realizada por meio da celebração do compromisso arbitral. Por essa interpretação, em sendo acordada cláusula arbitral numa relação jurídica de natureza contratual e, posteriormente, vindo a surgir qualquer conflito oriundo dessa mesma relação jurídica, as partes teriam que realizar o procedimento estabelecido no ordenamento jurídico, para buscar celebrar o compromisso arbitral e, somente a partir dele, instaurar a arbitragem.²² Caso qualquer das partes se opusesse à celebração do compromisso arbitral, facultar-se-ia à parte desejosa de promover a instauração da arbitragem utilizar os mecanismos legais próprios para a execução da cláusula compromissória. Contrariamente a este posicionamento a jurisprudência no Brasil vem firmando interpretação no sentido de reconhecer a cláusula compromissória cheia como instrumento hábil à imediata instauração do juízo arbitral indendente da sua substituição pelo compromisso arbitral.²³ Dessa forma os dispositivos indicados nos artigos 6º e 7º da LAB seriam aplicáveis nas hipóteses, por exemplo, de celebração das chamadas cláusulas compromissórias vazias.

3. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA E SEUS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS OBRIGATÓRIOS

Contrariamente à posição anteriormente indicada de que a cláusula arbitral é mera promessa de contratar e de que necessita ser substituída pelo compromisso arbitral, após o surgimento do conflito, parte da doutrina no Brasil reconhece a possibilidade de instauração imediata do juízo arbitral a partir da cláusula cheia (ou completa).²⁴ Nessa hipótese se reconhece, conforme Lee, a auto-suficiência da cláusula.²⁵

A partir dessa corrente doutrinária, tem-se que a natureza jurídica da cláusula arbitral é a de um contrato e não de mera promessa de contratar, sendo, dessa forma, instrumento hábil para a instauração imediata do juízo arbitral desde que constatada

21 FURTADO; BULOS, 1998, p. 45 e 48; ALVIM, 2002, p. 52-53; ROCHA, 1998, p. 62-64.

22 Composição extrajudicial do compromisso arbitral pelas partes (artigo 6º da Lei nº 9307/96) e, na sua impossibilidade, suprimento de vontade da parte recalcitrante pelo Poder Judiciário por meio de sentença constitutiva com conteúdo de compromisso arbitral (artigo 7º da Lei nº 9307/96).

23 Exemplo de julgados nesse sentido: a) Tribunal de Justiça de São Paulo – A.I. 124.217.4/0-00, j. em 16/9/1999; b) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Ap. 2001.001.2880, j. em 30/04/2002. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br> e <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 23 mai. 2007.

24 CARMONA, 1998, p. 96 e 99; STRENGER, 1998, p. 45; LEE, 2002, p. 89; WALD, 2002, p. 147-156; FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 182-184; ROQUE, 1997, p. 53-54.

25 LEE, 2002, p. 83-84.

a presença de certos pressupostos e requisitos necessários para configurá-la como cláusula cheia.

Para analisar os requisitos da cláusula cheia é preciso apresentar, por primeiro, os pressupostos genéricos de validade e existência da convenção de arbitragem para, num segundo momento, discorrer sobre os requisitos obrigatórios e facultativos.

Para os pressupostos genéricos de validade e existência da cláusula compromissória (que também se aplicam aos compromissos arbitrais), previstas no direito material, têm-se a exigência: a) do documento escrito; b) da existência da capacidade dos celebrantes; c) da existência de um objeto lícito associado à arbitrabilidade da matéria.²⁶

Quanto à obrigatoriedade da forma escrita, tal exigência decorre do artigo 4º, parágrafo 1º, da LAB.²⁷ O documento escrito facilita a comprovação da existência e do conteúdo da cláusula. Esse pode ser obtido em razão do intercâmbio de comunicação escrita pelas partes como, por exemplo, por meio de cartas, telex, telegramas, correio eletrônico, *fac-símiles* (fax).

Questiona-se, por vezes, se a legislação não deveria estabelecer outros pressupostos formais além da forma escrita, como a exigência da assinatura dos celebrantes. Para Rozas,²⁸ “[...] a ausência de assinatura [...] responde às necessidades criadas pela novas técnicas aplicadas à contratação, que exigem flexibilizar os requisitos formais dos pactos de longa distância.”²⁹

A exigência formal da assinatura poderia tornar extremamente difícil a celebração da cláusula quando as partes não tivessem possibilidade de estarem reunidas num mesmo local, ao mesmo tempo. É certo que por um lado se agregaria um novo elemento de prova da manifestação de vontade das partes na escolha da arbitragem assim como sobre a autoria material e o conteúdo do documento. Por outro lado, entretanto, haveria uma limitação em relação à possibilidade da celebração de cláusula compromissória à distância, limitando-a as situações entre partes presentes, em desacordo com a realidade da prática contratual moderna.

Com o grande desenvolvimento das técnicas de comunicação, torna-se cada vez mais rara a celebração de negócios em que as partes estejam no mesmo local simultaneamente, já que se vivenciam hoje a era dos contratos celebrados por fax (*fac-símiles*), correio eletrônico, telefone, vídeo-conferência, telex. Em razão dessa re-

26 Pressupostos previstos no artigo 104 da Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro.

27 “Art. 4º [...]”

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito [...]”.

28 ROZAS, 1996, p. 484

29 Tradução livre do autor de: [...] *la ausencia de firma [...] responde a las necesidades creadas por las nuevas técnicas aplicadas a la contratación, que exigen flexibilizar los requisitos formales en los pactos a larga distancia.*

alidade, a legislação e a jurisprudência dos Estados devem estar sempre adequadas para propiciar uma interpretação mais maleável dos requisitos formais da convenção de arbitragem, buscando não criar entraves excessivos à sua utilização.

Conforme Lee, “[...] os progressos realizados nos meios de comunicação suscitam uma interpretação liberal da exigência da peça escrita, então nesse momento se poderia atestar a sua existência ou tirar ‘a prova por um texto’”.³⁰

Outro dos pressupostos de validade da cláusula é a exigência de sua celebração entre partes capazes, mediante a manifestação livre do consentimento nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

De acordo com Redfern e Hunter, a parte que dispõe de capacidade para contratar, em geral, detém também a capacidade para celebrar convenção de arbitragem.³¹

A capacidade das partes para celebrar a cláusula arbitral implica no reconhecimento jurídico de que estas detêm o direito de realizar a opção de vincular-se ou não a uma obrigação de natureza jurídica contratual-processual, pela qual se comprometem a resolver os litígios futuros por meio da arbitragem.

Fiúza, interpretando os limites da capacidade das partes em celebrar a convenção de arbitragem, aponta que “As partes comprometentes devem ser capazes, tanto genérica, quanto negocialmente. Em outras palavras, devem ser maiores e possuir a livre disposição de seus bens”.³²

A capacidade no Brasil encontra-se delimitada pelas regras de direito material e são aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas. Nos casos dos absolutamente incapazes ou dos relativamente incapazes que celebram a cláusula arbitral, a validade da convenção levará em conta dois fatores: a existência da participação do representante legal, preenchidos os requisitos previstos na lei (assistência ou representação) e a autorização legal (em regra judicial) para que o assistente (nos casos dos relativamente incapazes) ou o representante (nos casos dos absolutamente incapazes) firmem a cláusula. Para as hipóteses de pessoas jurídicas a verificação da capacidade levará em conta os poderes do representante legal. Sendo a cláusula arbitral celebrada por representante legal que não detém poderes para a prática do ato e não tendo ocorrido à ratificação do negócio jurídico por quem detenha os poderes, a convenção de arbitragem será nula.

30 LEE, 2002, p. 70.

31 REDFERN; HUNTER, 1998, p. 144.

32 FIÚZA, 1996, p. 94.

Uma das questões controvertidas da arbitragem diz respeito à capacidade das pessoas jurídicas de direito público de celebrar convenção de arbitragem e, conseqüentemente, subtrair-se à jurisdição do próprio Poder Judiciário, delegando-a aos árbitros.³³

Algumas legislações criam entraves e proibições para que o Estado e seus órgãos ou as empresas de economia mista possam celebrar convenção de arbitragem nas suas relações jurídicas com particulares e, conseqüentemente, deixar de resolver os litígios por meio do Poder Judiciário. Trata-se de um princípio secular em que o Estado não pode se encontrar sujeito à outra jurisdição, senão a dos seus próprios tribunais. No âmbito internacional essa premissa é sustentada, segundo Miranda, pelo princípio da imunidade de jurisdição, garantida pelo artigo 2º da Carta das Nações Unidas.³⁴

Conforme Mello, a imunidade de jurisdição do Estado advém do direito à independência e da igualdade jurídica e era, até o século XIX, admitida como absoluta.³⁵ Atualmente a imunidade de jurisdição do Estado vem sendo relativizada e sua tendência moderna utiliza a distinção entre os atos *jure imperii* e os atos *jure gestionis*. Essa relativização do conceito de imunidade de jurisdição acompanha as transformações que Salcedo informa estarem se operando na própria noção de soberania, principalmente em matéria de direitos fundamentais.³⁶

Os atos *jure imperii*, ou atos de autoridade, decorrem dos atos legislativos; atos de atividade diplomática; atos relativos às forças armadas; atos de administração interna; atos decorrentes dos empréstimos públicos contraídos no exterior. Já os atos *de jure gestionis*, ou atos de gestão, são aqueles que o Estado pratica a representação de comércio, atuando como pessoa jurídica de direito privado. Para os atos de autoridade raramente se admite a permissão do Estado de se submeter à arbitragem privada.

O mesmo princípio não se aplica para os atos industriais e comerciais, portanto, de gestão, onde o Estado atua como particular, realizando atos de comércio. Para essas hipóteses é comum que os ordenamentos jurídicos autorizem os Estados a celebrarem convenção de arbitragem e, em conseqüência, se submeterem à jurisdição privada.

Para Magalhães, ao tratar da capacidade do Estado em celebrar convenção de arbitragem, nos atos de natureza privada está “[...] reconhecido ao Estado o direito de

33 Para parte da doutrina a questão não deve ser enfocada no campo da capacidade e sim no campo da arbitralidade subjetiva. Nesse sentido, LEE, 2002, p. 52-60; FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 328-345. Em contrário, tratando a questão no âmbito de capacidade: MAGALHÃES, 1988, p. 101-117.

34 MIRANDA, 1995, p. 251.

35 MELO, 1982, p. 317.

36 SALCEDO, 1976, p. 77-103.

contratar na ordem privada, isto é, fora das normas do direito administrativo, a consequência natural será admitir-se sua plena capacidade para comprometer-se [...]” em relação à escolha da arbitragem, como forma de resolução dos conflitos oriundos dessas relações contratuais.³⁷

Por fim, o último dos pressupostos genéricos de validade é a arbitrabilidade (objeto lícito) que delimita as matérias (objeto) que podem ser dirimidas por meio da arbitragem. Para Redfern e Hunter³⁸ “Arbitrabilidade [...] envolve a determinação de quais tipos de disputa podem ser resolvidas por arbitragem e quais pertencem exclusivamente ao domínio dos tribunais.”³⁹

As matérias arbitráveis podem ser conectadas com questões de direito público⁴⁰ como de direito privado. No âmbito do direito privado, cada Estado estabelece em sua legislação as matérias que podem ser objeto de arbitragem, levando em conta os princípios políticos, econômicos e sociais vigentes na sociedade.

Certos direitos, que são reputados num dado momento histórico como sendo mais sensíveis para a sociedade e que demandam uma proteção direta pelo próprio Estado, tendem a ser retirados da esfera arbitral e mantidos dentro do domínio exclusivo do Poder Judiciário. São as denominadas matérias não arbitráveis.

Conforme apontam Redfern e Hunter:⁴¹

Os legisladores e tribunais de cada país devem balancear a importância interna da conservação de matérias de interesse público dos tribunais com o maior interesse público geral da promoção de negócios e comércio e das resoluções de disputas.⁴²

Lee entende que, atualmente, no mundo ocorre uma maior permissão das questões arbitráveis, fazendo com que as matérias não sujeitas à arbitragem sejam exceção, apesar de acreditar que essa não seja a regra vigente nas legislações de certos países latino-americanos, incluindo o Brasil, onde as limitações sobre a matéria ar-

37 MAGALHÃES, 1988, p. 104.

38 REDFERN; HUNTER, 1998, p. 148.

39 Tradução livre do autor para: “*Arbitrability [...], involves determining which types of disputes may be resolved by arbitration and which belong exclusively to the domain of the courts*”.

40 Para arbitragem de Direito Público, especialmente no Direito Internacional, recomenda-se, entre vários autores: CHAPAL, 1967, p. 34-50; PAZARTZIS, 1992, p. 54-64.

41 REDFERN; HUNTER, 1998, p. 148

42 Tradução livre do autor para: “*The legislators and courts in each country must balance the domestic importance of reserving matters of public interest to the courts against the more general public interest in promoting trade and commerce and the settlement of disputes*”.

bitrável preponderariam.⁴³ De qualquer maneira, há que se reconhecer que somente as questões que estão autorizadas pela ordem jurídica podem ser objeto da cláusula compromissória.

Para Rechsteiner:

A questão de determinar quais são as lides suscetíveis à arbitragem internacional é de fundamental importância na prática, pois, se tal não for o caso, de acordo com a legislação na sede do tribunal arbitral, a convenção de arbitragem será nula.⁴⁴

Destaque-se que a inserção de questão não arbitrável na convenção de arbitragem permite que qualquer das partes venha a pleitear a sua invalidade, no processo arbitral.

No âmbito do direito comparado, os assuntos não sujeitos à arbitragem estão, em regra, associados aos direitos indisponíveis, enquanto as matérias arbitráveis encontram-se associadas aos direitos disponíveis.⁴⁵ Por vezes, tal classificação é insuficiente para delimitar a arbitrabilidade, diante de uma gama de matérias reputadas como “sensíveis”, ainda que versem sobre direitos disponíveis.⁴⁶

No Brasil a arbitrabilidade objetiva está prevista no artigo 1º da LAB, que autoriza a utilização da arbitragem na resolução de conflitos decorrentes da aplicação dos direitos patrimoniais disponíveis.

Os direitos disponíveis são aqueles que o ordenamento jurídico assegura que sejam exercidos livremente pelos seus titulares. São direitos cujos titulares podem alienar, transacionar ou renunciar, ou seja, livremente dispor. A própria idéia de transação, ainda que seja uma das características da disponibilidade do direito, é utilizada por certas legislações como o elemento delimitador da arbitrabilidade do litígio.⁴⁷

43 LEE, 2002, p. 65.

44 RECHSTEINER, 2001, p. 54.

45 Por exemplo: O artigo 1º, inciso 1, da Lei nº 31, de 29 de agosto de 1986 – Lei de Arbitragem voluntária de Portugal – admite arbitragem para matérias que não versam sobre direitos indisponíveis; o artigo 2, inciso 1, da Lei nº 60, de 23 de dezembro de 2003 – Lei de Arbitragem da Espanha – permite a arbitragem sobre as matérias nas quais as partes tenham a livre disposição do direito.

46 Sobre matérias reputadas sensíveis para arbitragem ver em: FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 357-373; REDFERN; HUNTER, 1998, p. 149-154. São exemplos adotados pelos autores: propriedade industrial; matéria antitruste e direito de concorrência; contratos de seguro; direito do consumidor e certos aspectos dos direitos laborais.

47 Como, por exemplo: Artigo 737 da Lei nº 17454 – Código de Processo Civil e Comercial da Argentina; e o artigo 476 da Lei nº 15982 – Código Geral de Processo do Uruguai.

Os direitos patrimoniais estão associados ao conteúdo econômico de certas relações jurídicas em que figuram como sujeitos uma ou mais pessoas (física ou jurídica). A mera possibilidade de mensuração pecuniária da relação jurídica, entretanto, não é suficiente para tornar a matéria arbitrável. É preciso que o direito também seja disponível pelo seu titular, ou seja, negociável. Dessa forma, certos direitos como os personalíssimos, os de poder e as ações de estado estão excluídos da arbitragem diante da sua indisponibilidade.

A mera associação da arbitrabilidade com os direitos patrimoniais disponíveis não garante, contudo, que não venham a surgir dificuldades para categorizar se determinados direitos, ainda que patrimoniais, são ou não disponíveis e, portanto, arbitráveis. A questão deverá ser suscitada inicialmente perante o árbitro, durante o procedimento arbitral, que analisará a arbitrabilidade do litígio em consonância com a ordem pública. Reconhece-se, contudo, que a palavra final sobre a matéria poderá ser incumbência dos órgãos do Poder Judiciário.⁴⁸

Além dos pressupostos de existência e de validade da cláusula arbitral no Brasil, será também preciso analisar os requisitos para a configuração da cláusula cheia.

Um dos requisitos que pode ser designado como genérico (aplicável à convenção de arbitragem) é o consentimento das partes.

Para Abreu Filho, o consentimento “nada mais é que a harmonização de duas ou mais vontades sobre o objeto de uma determinada relação jurídica”.⁴⁹ Logo o consentimento dos contratantes se caracterizaria pela combinação de vontades efetuadas por meio de proposta e concordância quanto à celebração da cláusula arbitral e quanto ao seu conteúdo. Na celebração da cláusula, o consentimento das partes deve ser livre para que seja válido. Para que isso ocorra, deverá ser realizado sem a existência de qualquer vício que porventura venha a desqualificar a manifestação de vontade.⁵⁰

Um dos problemas que poderão vir a surgir, quanto ao consenso das partes, diz respeito à situação em que não esteja clara a escolha da arbitragem como a forma apta para dirimir o conflito. Nessas hipóteses, há necessidade de se interpretar se houve ou não manifestação de vontade das partes quanto à escolha da arbitragem e,

48 Por meio da ação de nulidade da sentença arbitral, fundamentada na nulidade da convenção de arbitragem; mediante recurso contra a sentença arbitral (nos casos das legislações que prevejam uma instância judicial ou arbitral recursal para a instância arbitral), da ação de embargos à execução da sentença arbitral ou, ainda, mediante defesa oposta contra ação de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira.

49 ABREU FILHO, 1995, p. 125-126.

50 Os vícios que desqualificam o consentimento são: erro, dolo e coação. Os vícios sociais (simulação e fraude contra credores) também podem vir a gerar a anulação da convenção de arbitragem.

ainda, proceder à verificação se esta escolha foi livre, ou seja, não passível de qualquer vício de consentimento.

Também se exige que a cláusula arbitral seja redigida de maneira clara, demonstrando a intenção das partes em se submeter à arbitragem e em afastar a competência do Poder Judiciário em relação ao mérito do conflito. A redação de cláusula obscura, contraditória ou que gere qualquer dúvida quanto à escolha da arbitragem pode refletir no comprometimento da própria manifestação de consentimento das partes.

Para Fouchard, Gaillard e Goldman, a redação duvidosa ou contraditória pode levar à celebração de convenções de arbitragem patológicas ou de cláusulas combinadas que, conforme a interpretação, caracterizam a inconsistência, a incerteza ou a impossibilidade de se operar a cláusula arbitral. Podem ser tomados como exemplos às convenções que: designem uma instituição de arbitragem ou um árbitro inexistente; o façam de maneira errônea ou de forma insuficiente para a identificação do julgador; sejam redigidas como se a submissão à arbitragem fosse facultativa; indiquem um modelo de designação de árbitros inoperante; operem a redação conjunta, dentro da convenção de arbitragem, de uma cláusula de eleição de foro.⁵¹

O consentimento é essencial na celebração da convenção de arbitragem em razão da importância da referida escolha para o deslinde do litígio. Mas o consentimento das partes não se reflete apenas na escolha da arbitragem como forma de resolução do conflito. O consentimento atinge também a indicação da matéria que deverá ser objeto da arbitragem, ou seja, em relação às questões que as partes desejam resolver pela via arbitral. Em outras palavras, as partes também devem estabelecer, livremente, as questões litigiosas que desejam solucionar por meio da arbitragem, sendo que tais questões encontram-se limitadas pela ordem pública.

Além do consentimento (requisito genérico aplicável tanto à cláusula compromissória cheia quanto à vazia), existem outros requisitos reconhecidos como necessários para a constituição da cláusula cheia.

Rechsteiner sustenta que o requisito essencial é “[...] a designação da sede do tribunal arbitral bem como é recomendável ainda um acordo com relação a forma da escolha dos árbitros [...]”.⁵²

Dessa maneira, além dos pressupostos e requisitos genéricos, a cláusula cheia demandaria outros requisitos obrigatórios, entre os quais se destacaria a indicação do árbitro ou do procedimento para se realizar a sua escolha.

51 FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 283-290.

52 RECHSTEINER, 2001, p. 60.

Esse também é o posicionamento de outros doutrinadores no Brasil ao tratar da cláusula arbitral cheia, quando alertam sobre a necessidade de constar o nome do árbitro ou da forma de se realizar a sua escolha como requisito para se evitar a celebração da cláusula vazia, ou seja, inapta à imediata instauração do juízo arbitral.⁵³

A cláusula compromissória vazia, designada por Fouchard, Gaillard e Goldman como cláusula branca é para os referidos autores toda cláusula que não indicar precisamente a forma de designação do árbitro.⁵⁴ Nas hipóteses em que as partes não apontem diretamente o árbitro ou não indiquem um procedimento de escolha (como a adesão ao regulamento de uma instituição de arbitragem onde esteja previsto um procedimento de escolha do árbitro) não há como se promover a imediata instituição do juízo arbitral, já que não se definiu a quem se atribuiu a competência para julgar o litígio.

Para que a cláusula arbitral não se configurasse como vazia bastaria, assim, que ela possuísse a prévia indicação do nome do árbitro ou do procedimento para que a escolha pudesse ser realizada (fato comum nas arbitragens institucionais). Importante ressaltar que essa distinção entre cláusula compromissória vazia e cheia não está prevista na legislação sendo apontada, entretanto, pela doutrina e jurisprudência.

Apesar da referida lógica sustentada pela doutrina no Brasil, em relação aos requisitos obrigatórios para a configuração da cláusula cheia, entendo que esse não se restringe a mera indicação do nome do árbitro ou do tocante à sua forma de escolha e sim para reconhecer que se tratam dos mesmos requisitos tidos como obrigatórios para o compromisso arbitral, a saber: a) a identificação das partes; b) a indicação da matéria objeto do conflito; c) a identificação do árbitro ou do procedimento para a realização da sua escolha; d) o apontamento do lugar onde deverá ser proferida a sentença arbitral.⁵⁵

Tal posicionamento é sustentado a partir de uma interpretação sistêmica da LAB.

53 CARMONA, 1998, p. 96 e 99; STRENGER, 1998, p. 45; LEE, 2002, p. 89; WALD, 2002, p. 147-156; FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 182-184; ROQUE, 1997, p. 53-54.

54 FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 286-290.

55 Previstos no artigo 10 da LAB:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III – a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

O artigo 3º da LAB reconhece a existência do gênero convenção de arbitragem que se encontra subdivido em duas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral.⁵⁶

Conforme David, alguma legislações não estabeleceram pressupostos de validade e requisitos diferenciados para a cláusula arbitral e o compromisso arbitral, submetendo-os a um mesmo regime designado como convenção de arbitragem.⁵⁷ Esse é o tratamento dado pela legislação brasileira. Verifica-se, por exemplo, que a exigência formal para ambos os institutos, no Brasil, aponta para a necessidade do documento escrito (seja por instrumento particular ou por escritura pública).⁵⁸ Em nenhum dos dois casos se faz a exigência da assinatura das partes ou de qualquer outro pressuposto diferenciado.

Por outro lado, seria inócuo estabelecer uma variedade maior de requisitos obrigatórios para o compromisso arbitral do que aqueles que se exige para a cláusula compromissória.

Como já se discorreu no presente texto, o número de arbitragens instituídas a partir da cláusula é muito maior do que aquelas advindas do compromisso, mesmo porque o ambiente de celebração dos referidos institutos em regra é distinto.⁵⁹

Caso a interpretação da legislação apontasse para a exigência de requisitos diversos na pactuação da cláusula em relação ao compromisso estaria, em verdade, dificultando (e não facilitando) a instituição do juízo arbitral a partir dessa última hipótese (já que haveria a necessidade das partes se colocarem de acordo quanto a um número maior de requisitos, apesar de um relacionamento desgastado pela existência do conflito).

56 Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

57 DAVID, 1981, p. 275.

58 Conforme os artigos 4º, parágrafo 1º, e o artigo 9º, parágrafo 2º, da LAB:

Art. 4º [...]

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Art. 9º [...]

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

59 No momento de celebração da cláusula arbitral inexistente o conflito, diferentemente do momento de celebração do compromisso arbitral. Tal fato, por si só, torna a negociação para a pactuação do compromisso arbitral mais difícil.

A referida interpretação que se propõe não teria o condão de dificultar a celebração da cláusula arbitral cheia, como se verá, ao aplicar-se os mesmos requisitos exigidos para o compromisso.

Por primeiro, têm a exigência da identificação das partes. É importante lembrar que a cláusula arbitral está sempre vinculada a um contrato principal ao qual está inserida como cláusula contratual ou estabelecida em apartado, mas sempre conectada (relação acessória) à relação contratual principal. Assim sendo, não há como se conceber uma cláusula compromissória onde não se reconheça que são as partes, posto que são as mesmas que celebraram a relação contratual principal ao qual a cláusula se vincula. Parece claro, entretanto, que se as partes já foram suficientemente identificadas na relação contratual principal desnecessário será a sua identificação pormenorizada na cláusula ainda que essa seja celebrada em anexo.

Por segundo, tem-se a exigência da matéria objeto do litígio.

A matéria objeto do conflito possui conotações distintas nas hipóteses de cláusula compromissória e de compromisso arbitral. Na primeira situação os conflitos são hipotéticos e, caso venham a ocorrer, se revelarão no futuro enquanto no segundo caso os conflitos já existem e podem ser precisamente delimitados.

Quando da celebração da cláusula arbitral os contratantes não têm uma noção precisa quanto ao surgimento de litígios e, caso venham a existir, quais serão as respectivas matérias. Dessa forma, quando da celebração da cláusula a indicação da matéria objeto do conflito é genérica, associada apenas à relação jurídica principal com a qual a cláusula encontra-se conectada,⁶⁰ já que diante do ainda não surgimento dos conflitos não se pode individualizá-los previamente.⁶¹

A delimitação mais precisa do objeto litigioso ocorrerá quando da instituição do juízo arbitral em que o árbitro estará limitado pelas pretensões (pedidos) apresentadas pelas partes, analisando-as a partir da competência que lhe foi atribuída na cláusula arbitral bem como em relação aos parâmetros de arbitrabilidade estabelecidos pela ordem pública.

Por terceiro, tem-se a identificação do árbitro ou a forma de se promover a sua escolha. Como já foi indicado previamente, esse conteúdo é indispensável para a não caracterização da cláusula compromissória vazia. Não há como se promover à

60 Carmona aponta que o compromisso se vincula a um conflito determinado enquanto a cláusula arbitral faz referência a conflitos determináveis (CARMONA, 1998, p. 82).

61 É comum a fórmula: “Todos os conflitos decorrentes da interpretação e cumprimento do presente contrato (quando a cláusula compromissória figurar como cláusula contratual) serão dirimidos por meio de árbitros [...]”.

imediate instituição da arbitragem, após o surgimento do conflito, se na cláusula não existir a prévia indicação de quem será o árbitro ou, na ausência da individualização do nome do julgador, quais os mecanismos que deverão ser utilizados para se promover a sua escolha.

Caso as partes na cláusula arbitral tenham previamente identificado o árbitro e, eventualmente, os seus respectivos substitutos, após o surgimento do conflito bastará que qualquer dos litigantes procure o árbitro para solicitar a instauração da arbitragem. Aceitando o encargo, o árbitro estará iniciando o juízo arbitral conforme a LAB.⁶²

O mesmo se aplicará para a hipótese em que as partes na cláusula não tenham indicado o nome do árbitro, mas tenham estabelecido um procedimento para a realização dessa escolha.⁶³ Nessa situação, tendo surgido o conflito, qualquer dos litigantes poderá iniciar o procedimento previamente indicado visando promover a escolha do árbitro. Realizada a referida escolha, qualquer das partes dará conhecimento, ao árbitro, da sua intenção de promover a instauração da arbitragem que será iniciada com a aceitação da nomeação pelo árbitro.

O último dos requisitos para a cláusula cheia é a indicação do lugar onde deverá ser proferida a sentença arbitral.

Verifica-se que a LAB não traz distinção entre arbitragem doméstica (interna ou nacional) e arbitragem internacional, sendo que os dispositivos da lei se aplicam igualmente para ambas as hipóteses.

A definição de arbitragem doméstica ou internacional não é pacífica na doutrina.

Para Soares, arbitragem doméstica é aquela que ocorrerá dentro de determinado Estado; instaurada por partes nacionais ou domiciliadas; tendo por árbitro um nacional ou domiciliado; em que as regras de procedimento e de direito material são fixadas pela ordem jurídica interna e cuja sentença arbitral seja passível de execução nesse mesmo Estado.⁶⁴

Na arbitragem doméstica, inexistirão elementos relevantes do litígio (partes, local de cumprimento das obrigações, local da celebração etc.) conectados à ordem jurídica estrangeira. Já a arbitragem internacional, por outro lado, pode ser caracterizada justamente pela existência de elementos relevantes de extraterritorialidade no instituto.

62 Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem tanto que aceita a nomeação pelo árbitro, quando for único, ou por todos, se forem vários.

63 Esse procedimento em regra é a adesão ao regulamento de alguma instituição de arbitragem em que a escolha do árbitro será realizada da forma estabelecida pelo regulamento. Nada impede, entretanto, que as próprias partes criem um procedimento de escolha do árbitro (como a atribuição da tarefa de promover a indicação do árbitro a um terceiro).

64 SOARES, 1989, p. 32.

Guerreiro aponta como parâmetros caracterizadores da arbitragem internacional: a nacionalidade distinta das partes; o fato do lugar da arbitragem, estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, situar-se em Estado diverso do da nacionalidade das partes; a existência de lugar diverso do da nacionalidade das partes para a execução de parte substancial das obrigações decorrentes da relação contratual celebrada; a existência de estreita conexão do objeto do litígio com lugar diverso do da nacionalidade das partes; a existência de acordo entre as partes declarando que o objeto da convenção de arbitragem tem conexão com a ordem jurídica de mais de um Estado.⁶⁵ O posicionamento do referido autor utiliza basicamente os mesmos parâmetros previstos na Lei-modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, estabelecida pela Comissão das Nações Unidas para as leis do comércio internacional (UNCITRAL), em 1985.

A relevância da nacionalidade ou internacionalidade da arbitragem é maior para as ordens jurídicas que estabelecem tratamento diferenciado para a arbitragem internacional.⁶⁶

Se na legislação brasileira não há previsão de tratamento diferenciado para as arbitragens internacionais, o mesmo não se aplica nos casos de execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Para as questões dirimidas por arbitragem em que a sentença arbitral tenha sido proferida dentro do território nacional e tenha conteúdo constitutivo, condenatório, mandamental ou auto-executável, a sua eficácia poderá ainda depender de medidas coercitivas (de força) a serem praticadas pelo Estado, visando garantir o cumprimento do julgado.

Nessas hipóteses em que a parte vencida não cumprir espontaneamente a integralidade do julgado, a parte vencedora poderá ter que buscar, junto ao Poder Judiciário, a prática dos atos coercitivos necessários para o cumprimento do julgado (em regra por meio do processo de execução, já que não há como se promover o cumprimento de sentença no processo arbitral sem violar a confidencialidade). Dessa forma, tratando-se, por exemplo, de sentença arbitral condenatória proferida dentro do território nacional, bastará a parte vencedora dirigir-se ao órgão do Poder Judiciário competente para a prática dos atos executivos e ajuizar a ação de execução, visando compelir o vencido a adimplir a sentença.

65 GUERREIRO, 1995, p. 120-122.

66 Como, por exemplo, a Lei nº 31 de 29 de agosto de 1986 – Lei de Arbitragem voluntária de Portugal; a Lei nº 60 de 23 de dezembro de 2003 – Lei de Arbitragem da Espanha.

Diferentemente é a situação das sentenças arbitrais prolatadas fora do território nacional, nos casos em que a parte vencida não promove o cumprimento espontâneo do julgado. Nessas situações, havendo a necessidade da prática de atos coercitivos por órgãos do Poder Judiciário brasileiro para compelir o vencido a cumprir a sentença arbitral proferida, esta terá que ser homologada, inicialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁷ de acordo com as regras estabelecidas nos artigos 34 a 40 da LAB e no Regimento Interno do Tribunal para, somente após a prévia homologação, vir a ser distribuída para a circunscrição da Justiça Federal competente para a tramitação do processo de execução.⁶⁸ O referido procedimento torna, assim, mais moroso e custoso o procedimento de execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

Na legislação brasileira o elemento que define a nacionalidade da sentença arbitral é justamente o lugar onde o julgado tenha sido proferido. A sentença arbitral será estrangeira quando for proferida em lugar situado fora do território nacional, conforme o disposto na legislação (LAB).⁶⁹ Dessa forma a indicação pelas partes do local onde deverá ser proferida a sentença arbitral é de suma importância já que nos termos da LAB determinará a competência e o procedimento de execução da sentença.

Assim, têm-se os pressupostos e os requisitos obrigatórios (genéricos e específicos) da cláusula compromissória cheia, ou seja: a exigência da celebração por partes capazes; a forma escrita; a arbitrabilidade da matéria objeto do conflito; o livre consentimento da partes na escolha da forma de resolução do conflito e da matéria objeto da arbitragem; a identificação das partes celebrantes; a indicação do(s) árbitro(s) ou do procedimento para se promover a sua escolha; a nomeação do objeto do conflito, ainda que de forma genérica; o apontamento pelas partes do lugar onde deverá ser prolatada a sentença arbitral. Caso a cláusula arbitral contenha apenas os pressupostos e os requisitos obrigatórios genéricos essa será reconhecida como cláusula vazia, estando sujeita aos procedimentos dos artigos 6º e 7º da LAB para a instauração do juízo arbitral

67 Anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, que alterou o artigo 105, I, i, da Constituição Federal, a competência para a homologação das sentenças estrangeiras era do Supremo Tribunal Federal.

68 Conforme o artigo 109, X, da Constituição da República Federativa do Brasil.
Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:
[...]
X – [...] sentença estrangeira, após a homologação [...].

69 Art. 34. [...] Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

4. REQUISITOS FACULTATIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA

Além dos pressupostos e dos requisitos obrigatórios de validade e de existência da cláusula compromissória cheia, cuja falta autorizam a sua pretensão de nulidade ou anulabilidade, ou ainda a impossibilidade de se promover a imediata instauração do juízo arbitral, conforme o caso, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a indicação de outros elementos ditos facultativos.

A partir de Redfern e Hunter, podem ser assinalados alguns dos principais requisitos facultativos da cláusula arbitral cheia, que também podem ser encontrados na legislação brasileira,⁷⁰ tais como: o número de árbitros; a escolha de árbitros substitutos; a designação de lugar ou lugares para a arbitragem; a opção pela arbitragem *ad hoc* ou institucional; o idioma da arbitragem; as regras aplicáveis ao procedimento e ao mérito (fundo) do litígio.⁷¹

Com relação ao número de árbitros que devem atuar no procedimento arbitral, caberá às partes indicá-lo. Caso as partes optem pela constituição de um órgão colegiado, constituído por um número ímpar de árbitros, a designação prevista na legislação é de tribunal arbitral.⁷²

No ordenamento jurídico nacional existe uma limitação quanto à autonomia das partes em relação à escolha do número de árbitros ao determinar que seja apontado sempre um número ímpar.⁷³

70 Utiliza-se como parâmetro o disposto no artigo 11 da LAB, aplicável aos requisitos facultativos do compromisso arbitral:

Art. 11. [...]:

I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III – o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

71 REDFERN; HUNTER, 1998, p. 163-169.

72 A designação tribunal arbitral para a situação de um órgão colegiado de árbitros, sempre em número ímpar, decorre da interpretação de diversos dispositivos da LAB, tais como: artigo 13, parágrafos 4º e 5º; artigo 24, parágrafo 1º; artigo 26, parágrafo único etc.

73 Conforme artigo 13, parágrafo 1º, da LAB:

Art. 13. [...]

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, **sempre em número ímpar** [...]. (grifo nosso)

Outro dos requisitos facultativos autoriza que as partes possam optar pela arbitragem *ad hoc* ou pela arbitragem institucional.

A arbitragem *ad hoc* é organizada pelas partes. A escolha da arbitragem *ad hoc* gerará, para as partes, a obrigação de negociarem e formularem as regras aplicáveis para a ocasião (conflito). Serão as regras estipuladas pelas partes que deverão ser aplicadas pelo árbitro e que irão reger o desenvolvimento da arbitragem, desde que não violem a ordem pública (caso em que poderão ser afastadas pelo árbitro).

A opção pela arbitragem institucional faz com que as partes se submetam às regras previamente estabelecidas no regulamento de arbitragem da instituição escolhida para o julgamento da demanda. Nessa hipótese, a liberdade das partes se restringe à escolha da instituição ao qual se atribuirá a competência para a resolução do conflito.

O requisito facultativo da possibilidade de indicação, pelas partes, de árbitros substitutos é realmente importante. Durante o desenvolvimento da arbitragem podem surgir diversas situações que gerem a impossibilidade da atuação do árbitro escolhido pelas partes, tais como: não aceitação da nomeação, morte, incapacidade, suspeição ou impedimentos, resignação do encargo.

É para suprir um eventual impasse, diante da impossibilidade de instauração ou de prosseguimento do juízo arbitral em virtude de motivos que impeçam o árbitro escolhido de fazê-lo, que a escolha de substitutos pelas partes acaba por impedir uma paralisação do procedimento arbitral ao evitar a vacância da função de julgador.

Nos casos de arbitragem institucional, a substituição do árbitro ocorrerá nos moldes estabelecidos pelo regulamento da instituição. Já na arbitragem *ad hoc* a substituição é feita de acordo com as regras estabelecidas pelas próprias partes.

No Brasil, nos casos em que inexistem regras de superação de impasse para o apontamento dos árbitros substitutos⁷⁴ e tenha se verificado a vacância da função de árbitro, caberá a qualquer das partes interessadas ingressar com a pretensão para a obtenção de tutela jurisdicional específica, junto ao Poder Judiciário, para que sejam designados os substitutos.⁷⁵

74 Como, por exemplo, nos casos em que o regulamento de arbitragem da instituição não preveja um modo de escolha dos árbitros substitutos; em que as partes não tenham previamente indicado os nomes ou a forma de escolha dos substitutos e não consigam chegar a um acordo quanto à matéria.

75 Aplicação do artigo 16 da LAB:
Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

A substituição do árbitro indicado pelas partes não é possível nos casos de escolha *intuitu personae*, ou seja, naqueles casos em que as partes fizeram a opção por um determinado árbitro em razão de suas qualidades pessoais e convencionaram, expressamente, a impossibilidade da sua substituição. Nesses casos o que ocorrerá será a extinção da cláusula arbitral já que as suas finalidades não poderão ser mais alcançadas (inexistência de árbitro para apreciar o mérito do conflito).

A arbitragem poderá possuir um lugar designado como sendo a sua sede, dentro do território de um Estado qualquer, onde serão desenvolvidos certos atos relevantes do processo arbitral. Esse requisito facultativo vinculará determinados aspectos da arbitragem ao ordenamento jurídico de pelo menos um Estado (em regra o Estado onde se instalou a sua sede). Dessa forma as normas de ordem pública do Estado onde foi instalada a sede da arbitragem em regra deverão nortear o controle do desenvolvimento regular e válido da arbitragem.⁷⁶

A escolha do lugar da arbitragem não implica na exclusão da possibilidade das partes autorizarem que determinados atos do processo arbitral sejam realizados em locais diversos, inclusive no território de outros Estados, como, por exemplo: o local onde deverá ser proferida a sentença arbitral; os locais onde deverão ser coletadas as provas.

Outra das faculdades previstas é a liberdade das partes apontarem às regras aplicáveis ao processo e ao mérito (*fundo*). No que tange ao apontamento do direito de *fundo* no Brasil (direito que irá embasar a fundamentação da sentença de mérito), as partes poderão autorizar o árbitro a julgar com fulcro em regras de direito ou de equidade.⁷⁷

§1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

76 A LAB não faz um tratamento adequado para a questão. Preocupa-se principalmente com a designação do lugar onde deva ser proferida a sentença arbitral (art. 10, inciso IV, da LAB) apesar de incluir o local da arbitragem como elemento facultativo do compromisso arbitral (art. 11, I, da LAB). De qualquer forma o controle do desenvolvimento regular e válido da arbitragem, pelo Poder Judiciário, está assegurado na LAB ao estabelecer a possibilidade de ação de anulação ou de nulidade do processo arbitral, da convenção de arbitragem, da sentença arbitral proferida em território nacional ou ainda, da necessidade de homologação para execução, em território brasileiro, das sentenças arbitrais estrangeiras.

77 Conforme art. 2º da LBA:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Nos casos em que a escolha das partes recair em regras de direito, a LAB autoriza que sejam indicadas: a) normas de direito material de alguma ordem jurídica (podendo ser nacional ou estrangeira); b) princípios gerais de direito (internos e internacionais); c) *lex mercatoria*; d) usos e costumes (nacionais e internacionais).

Destaque-se que essa liberdade de escolha quanto às regras de direito aplicáveis sempre estará limitada pelos princípios de ordem pública. Toda vez que a escolha das partes recaia em regras que violam os princípios de ordem pública no Brasil, o árbitro estará autorizado a afastar as normas escolhidas e indicar outras normas aplicáveis.⁷⁸

Há que se informar que na ausência de escolha pelas partes das normas aplicáveis (sejam processuais ou de fundo) caberá ao árbitro defini-las, em momento propício, após a aceitação da nomeação.⁷⁹

Por fim, outro dos requisitos facultativos é a indicação do idioma a ser utilizado no processo arbitral. Se a arbitragem decorre de conflitos oriundos de uma relação jurídica contratual, é razoável que o idioma adotado no processo arbitral seja o mesmo do contrato, ainda que tal regra não seja absoluta.

A escolha do idioma pelas partes necessita ser cuidadosa e pode levar em conta, entre outros elementos: a nacionalidade das partes e do árbitro; a sede da arbitragem; os locais onde possam vir a ser praticados atos relevantes do procedimento arbitral; os lugares onde a sentença arbitral possa vir a ser objeto de execução. Em alguns casos a arbitragem poderá adotar vários idiomas distintos, conforme a opção das partes.

A indicação do idioma é muito importante nas arbitragens internacionais já que a interpretação do conteúdo das decisões dos árbitros estará vinculada ao idioma de trabalho estabelecido para a realização dos atos processuais.

§2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

78 Como exemplo de um princípio de ordem pública expressamente previsto na LAB, têm-se:
Art. 21. [...]

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

79 Exemplo dessa prerrogativa encontra-se no artigo 21, parágrafo 1º, da LAB:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. (grifo nosso)

Além dos itens anteriormente indicados, outros elementos facultativos podem ser estabelecidos na cláusula arbitral, visando adequar a arbitragem às especificidades do litígio e aos interesses das partes.

Não há como deixar de informar que as análises dos pressupostos e dos requisitos obrigatórios e facultativos da cláusula arbitral cheia estão sempre sob o controle do ordenamento jurídico de pelo menos um Estado, visando impedir que a arbitragem seja utilizada como uma forma de burlar a justiça e, assim, as finalidades da jurisdição.

Por último, há que se ressaltar que a análise dos pressupostos e dos requisitos (obrigatórios e facultativos) realizada na presente pesquisa não se estende para a interpretação das cláusulas compromissórias inseridas ou conectadas com contratos de adesão ou com relações jurídicas de consumo. O referido tema obrigaria a outros questionamentos relativos a arbitrabilidade das matérias sensíveis, ainda que abrangidas pelos direitos patrimoniais disponíveis, assim como uma maior discussão sobre os requisitos específicos previstos no artigo 4º, parágrafo 2º, da LAB⁸⁰ e a sua adequação para a livre escolha da arbitragem (consentimento).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a imediata instituição do juízo arbitral por meio da cláusula compromissória cheia, sendo essa assim considerada quando se verificarem a presença dos pressupostos e dos requisitos genéricos e específicos extraídos da legislação.

Entre os pressupostos genéricos da cláusula cheia têm-se: a exigência da celebração por partes capazes; a forma escrita da convenção; a arbitrabilidade da matéria objeto do conflito.

Quanto ao requisito obrigatório genérico exige-se a manifestação livre do consentimento das partes.

Em relação aos requisitos obrigatórios específicos da cláusula cheia, a pesquisa aponta para a necessidade dos seguintes requisitos: a identificação das partes celebrantes da convenção; a indicação do(s) árbitro(s) ou do procedimento para se

80 Art. 4º [...]

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

promover a sua escolha; a nomeação do objeto do conflito, ainda que de forma genérica; o apontamento pelas partes do lugar onde deverá ser prolatada a sentença arbitral.

Por derradeiro, destacaram-se outros requisitos, apontados como facultativos, que devem ser tomados em conta pelas partes quando da celebração da cláusula compromissória cheia, principalmente nas hipóteses de arbitragens internacionais.

REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- ALBUQUERQUE MELO, Celso D. de. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, v. 1, 7ª ed., 1982.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2002.
- ARGENTINA. Lei nº. 17454 de 27 de agosto de 1981 – Código Processual Civil e Comercial Argentino.
- BRASIL. Lei nº. 9307, de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem Brasileira.
- BRASIL. Lei nº. 10406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro.
- CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires : Ad hoc, 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem e processo*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- CHAPAL, Philippe. *L'arbitrabilité des différends internationaux*. Paris : Éditions A. Pedone, 1967.
- DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris : Economica, 1981.
- ESPANHA. Lei nº. 60, de 23 de dezembro de 2003 – Lei de Arbitragem Espanhola.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo : RT, 1999.
- FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- FOUCHARD, Ph.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris : Litec, 1996.
- FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo : Saraiva, 2ª ed., 1998.
- GRIGERA NAÓN, Horacio A. Ratificación por la Argentina de la convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. *La ley*. Tomo 1989-C.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavarres. *Fundamento da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo : Saraiva, 1993.
- KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem. Conceitos e pressupostos de validade*. São Paulo : RT, 1998.
- LEE, João Bosco. *Arbitragem internacional comercial nos países do Mercosul*. Curitiba : Juruá, 2002.

- MAGALHÃES, José Carlos de. *Do estado na arbitragem privada*. São Paulo : Max Limonad, 1988.
- MARANI, Giovanni. *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*. Turim, 1966.
- MIRANDA, Jorge. *Direito internacional público*. Lisboa : Pedro Ferreira Editor, v. I, 1995.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo : RT, 3ª ed., 1996.
- PAZARTZIS, Photini. *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre états*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- PORTUGAL. Lei nº. 31 de 29 de agosto de 1986 – Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa.
- PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem comercial nos países do mercosul*. São Paulo : LTR, 1997.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil*. São Paulo : RT, 2ª ed., 2001.
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. Londres : Sweet&Maxwell, 3ª ed., 1999.
- ROCHA, José de Albuquerque. *A lei de arbitragem*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem a solução viável*. São Paulo : Ícone, 1997.
- ROZAS, Jose Carlos Fernandez. *Derecho del comercio internacional*. Madri : Eurolex, 1996.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrilo. *Soberania del estado y derecho internacional*. Madrid : Editorial Tecnos, 2ª ed., 1976.
- SOARES, Guido F. S. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, nº 641, mar. 1989.
- STRENGER, Irineu. *Comentários a lei brasileira de arbitragem*. São Paulo : LTR, 1998.
- URUGUAI. Lei nº. 15982 de 18 de outubro de 1988 – Código Geral de Processo Uruguaio.
- VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral*. Curitiba : Juruá, 2002.
- WALD, Arnoldo. A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001). in MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coordenadores). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo : LTR, 2002.